

**INFORME 10/2023, DE 15 DE JUNIO, DE LA COMISIÓN PERMANENTE DE LA JUNTA ASESORA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.****OBJETO: CONSULTA RELATIVA A LA NATURALEZA JURIDICA DE LAS PROMOCIONES CONCERTADAS.****I.- ANTECEDENTES.**

Con fecha 26 de mayo de 2023 se ha presentado una solicitud de informe a la Junta Asesora de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi, formulada por la Directora de Servicios del Departamento de Planificación Territorial, Vivienda y Transportes, relativa a la naturaleza jurídica y el régimen jurídico a aplicar a las Promociones Concertadas-Promoción privada de VPO sobre un suelo cedido en derecho de superficie por el Gobierno vasco tras la correspondiente convocatoria pública de proyectos empresariales para la promoción de viviendas de VPO de iniciativa privada. Esto es, solicita que se determine la naturaleza final de este tipo de actuaciones subvencionales para la promoción concertada con la iniciativa privada de las viviendas de protección oficial (VPO).

II.- COMPETENCIA

Según dispone el artículo 27.c) del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, la Junta Asesora de Contratación Pública tiene entre sus funciones consultivas la de «Informar las cuestiones que en materia de contratación pública sometan a su consideración las entidades del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, mediante petición escrita formulada por los Directores o Directoras de los Departamentos del Gobierno Vasco que tengan encomendada la gestión de la contratación o por los representantes legales de las demás entidades del sector público. La competencia de la Junta Asesora alcanzará, asimismo, a las cuestiones que en la misma materia pudieran someter a su consideración las asociaciones y organizaciones de intereses económicos y profesionales a través del órgano que ostente su representación».

La Junta Asesora de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi sólo puede evacuar informes en los términos previstos dentro del artículo 328 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 y del artículo 27 del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Consecuentemente los informes de la Junta Asesora sólo podrán recaer sobre cuestiones de contratación pública que presenten carácter general, careciendo de competencia para emitir informes ni para sustituir las funciones que los preceptos legales atribuyen a otros órganos distintos de esta Junta en relación con casos concretos y determinados como es el planteado. Esta misma consideración ha sido recogida por la Junta Consultiva de Contratación Pública

del Estado en diferentes Informes, entre los que cabe citar, a título de ejemplo, los Informes 48/18, 72/18, 97/18 y 31/21; así como en el informe 18/19 de esta Junta.

Por ello este informe va a limitarse a señalar criterios jurídicos de carácter general sin entrar a dirimir las controversias concretas recogidas en la solicitud objeto de la presente.

III. CONSIDERACIONES JURIDICAS.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la cuestión relativa a la naturaleza de las Promociones Concertadas ya ha sido tratada por la Comisión Jurídica Asesora (en adelante COJUA) en reiteradas ocasiones (vid. Acuerdo 5/2018 de 6 de junio, Dictámenes 119/2020 de 9 de septiembre y 125/2021 de 15 de julio)

La citada Comisión considera que nos encontramos ante un contrato de naturaleza administrativa perfeccionado con la adjudicación. Asimismo, señala que la convocatoria y la adjudicación correspondiente han venido precedidas por la adquisición de terreno para la construcción de viviendas de protección pública, una vez acometido el desarrollo urbanístico de la zona con la aprobación de los correspondientes instrumentos urbanísticos —proyecto de reparcelación, proyecto de urbanización, estudios de detalle y demás que resulten necesarios—, además de constituir, obviamente, un elemento imprescindible para la ejecución de tales contratos, patentizan al tiempo la finalidad de interés público que los preside, avalada y respaldada por las administraciones públicas a las que corresponde velar por los intereses generales de la respectiva colectividad.

Tales negocios que implican, fundamentalmente, la constitución de un derecho de superficie y la posterior ejecución de las obras de edificación y enajenación de las viviendas y anejos vinculados presentan una íntima o inmediata vinculación al giro o tráfico específico del departamento competente en materia de vivienda (esto es, el Departamento de Planificación Territorial, Vivienda y Transportes), en cuanto que tienden a satisfacer finalidades públicas de su específica competencia. En consecuencia, el buen fin de tales contratos es condición imprescindible de la viabilidad de las actuaciones del departamento que tienden a favorecer el acceso a la vivienda de los ciudadanos en consonancia con un principio rector de la política social y económica enunciado por el artículo 47 de la Constitución, que propugna el derecho de los ciudadanos a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

Por ello, y en virtud de la directa vinculación de tales contratos a los fines de interés público que constituyen su específica razón de ser, la COJUA concluye que resulta imprescindible garantizar la protección de aquellos mediante la sumisión de dichos negocios jurídicos a un régimen legal caracterizado por el otorgamiento de prerrogativas exorbitantes a dicha Administración, lo que es tanto como afirmar la ineludible necesidad de su calificación como contratos administrativos especiales.

Asimismo, en los arriba mencionados dictámenes se recoge lo señalado en el Acuerdo 5/2018, cuya literalidad es:

“La cuestión no resulta sencilla dado que nos encontramos ante una relación compleja, que no puede ser encajada en ninguno de los denominados “contratos típicos”, y presenta

connotaciones patrimoniales y urbanísticas que obligan a considerar diferentes aspectos en la relación contractual.

Debemos descartar obviamente, tal y como hemos señalado, la calificación del contrato dentro de los considerados típicos, pero no así su consideración dentro de los contratos de naturaleza administrativa especial. A estos se refiere el artículo 19.1.b del Texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (en adelante, RDL 3/2011) —norma vigente en el momento en el que licito y adjudico la constitución del derecho de superficie—, y son así considerados cuando su objeto no es el definido por la ley para los contratos típicos, pero están igualmente vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o satisfacen de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella.

Esa calificación tampoco resulta sencilla en aquellos casos en los que el objeto del contrato afecta a un bien patrimonial de la Administración, dado que el artículo 4.1.p) de esa misma ley califica con carácter general los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles como contratos privados, excluyéndolos del ámbito de la legislación de contratos del sector público y remitiendo en cuanto a su régimen jurídico a lo dispuesto en la legislación patrimonial. La misma exclusión se mantiene en el artículo 9.2 de la nueva Ley 9/2017.

La cuestión radica, por tanto, en determinar si para calificar como administrativo un contrato celebrado por la Administración debe prevalecer su vinculación con el interés público perseguido con su objeto o si lo que prevalece es el propio objeto del mismo, al margen de su causa. En este segundo caso, los contratos a los que se refiere el artículo 4.1.p) del RDL 3/2011, celebrados por una Administración pública —entre los que se encontraría el que nos ocupa—, serían siempre privados, independientemente de la finalidad perseguida con el mismo.

La realidad muestra la diferente consideración que en el mundo administrativo se ha dado a la constitución de un derecho de superficie por parte de una Administración pública sobre terrenos que forman parte de su patrimonio. En alguna ocasión ha sido considerado, incluso, como un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (Resolución 24/2012 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, referida a la construcción y explotación de un edificio destinado a una Ciudad de la Justicia).

Una segunda opción es la que se desprende del Dictamen del Consejo Consultivo de Madrid 181/2014, de 30 de abril de 2014, referido a la construcción de determinadas infraestructuras deportivas en la que se entiende como un contrato estrictamente privado. Pero también ha sido considerado como un contrato administrativo especial, por ejemplo, en el Dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias 385/2011, de 22 de diciembre, que aborda el caso de un derecho de superficie para la construcción y explotación de una residencia para la tercera edad.

En lo que al supuesto que nos ocupa, esta Comisión debe decantarse con claridad por la naturaleza administrativa del contrato, al imponerse su causa y el objetivo perseguido por el mismo sobre el carácter estrictamente patrimonial de su contenido.

Como hemos adelantado, el destino de los terrenos cedidos bajo derecho de superficie era, según se recoge en el pliego de condiciones técnicas y jurídicas que regía la concesión a título oneroso del señalado derecho de superficie, el de servir de base a la construcción de 30 viviendas de protección oficial de régimen general, para su posterior enajenación a personas físicas o unidades convivenciales que cumplieran los requisitos establecidos por el departamento competente en materia de vivienda.

Pudieron concurrir a la convocatoria de adjudicación, según figura en el pliego, aquellas personas naturales y jurídicas, españolas o extranjeras, que, teniendo plena capacidad de

obrar y constituidas de acuerdo a las normas reguladoras de sus respectivos regimenes juridicos, cumplan los requisitos exigidos por la legislacion de contratos del sector publico. La presentacion de propuestas y documentacion complementaria se regia por lo dispuesto en el articulo 34.1 del Decreto 39/2008, de 4 de marzo, sobre régimen juridico de viviendas de proteccion publica y medidas financieras en materia de vivienda y suelo, normativa de indudable caracter publico, que se impone al aspecto meramente patrimonial de la operacion.

El pliego de clausulas administrativas particulares que regia la adjudicacion de beneficios de las promociones concertadas de viviendas de proteccion publica por el procedimiento de licitacion abierto y la forma de adjudicacion de concurso establecia que el concurso y las actuaciones subsiguientes se regirian por las clausulas contenidas en el pliego, en las bases de la convocatoria publicada al efecto en el Boletin Oficial del Pais Vasco y en el pliego de condiciones técnicas y juridicas. Para lo no previsto en los mismos contemplaba la aplicacion de lo dispuesto en la legislacion vigente en materias de contratacion administrativa y patrimonial.

Tal y como afirma la Sala de lo civil del Tribunal Supremo en su Sentencia 1110/2002 de 26 noviembre (RJ 2002\9935), un importante sector de la doctrina entiende que el derecho de superficie puede revestir dos modalidades: la urbana comun o clasica que, por dar satisfaccion a intereses puramente particulares y recaer sobre suelos de esta naturaleza, no tiene por que verse afectada por una regulacion distinta de la que establece el derecho civil; y la urbanistica, que, al constituir uno de los instrumentos de que la Administracion desea valerse para intervenir en el mercado del suelo y promover la construccion de viviendas o de otras edificaciones determinadas en los planes de ordenacion, ha de someterse a los preceptos imperativos de la Ley del Suelo. Esta diferenciacion ha sido recogida y desarrollada en mayor detalle por la Sala de lo contenciosoadministrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Seccion 2a, en su Sentencia 829/2003, de 10 junio.

De acuerdo con esta doctrina, es preciso diferenciar la constitucion de un derecho de superficie urbano, negocio excluido del ambito de aplicacion de la legislación de contratos del sector publico, de aquellos casos en los que, como en el que nos ocupa, el derecho de superficie aparece como instrumento de las administraciones para ejecutar su politica de vivienda; supuesto este ultimo que se desarrolla con un fin publico y en el marco de una regulacion juridico-publica.

Este segundo supuesto —que es, insistimos, el que nos ocupa— es el que prevé tambien la Ley 2/2006, de 30 de junio, de suelo y urbanismo, en sus articulos 128 y siguientes, orientado a la explotacion de los patrimonios publicos de suelo; patrimonios que, como es sabido, son independientes y separados del resto del patrimonio de cada Administracion y se encuentran afectos al cumplimiento de una serie de fines publicos relacionados con el urbanismo y la vivienda. Por su parte, el Decreto 39/2008, de 4 de marzo, de regimen juridico de viviendas de proteccion publica y medidas financieras en materia de vivienda y suelo, contempla el derecho de superficie en su articulo 28, senalando que las administraciones publicas podran constituir derechos de superficie sobre terrenos de su propiedad con destino a la construccion de viviendas de proteccion publica, cuyo derecho correspondera al superficiario.

Resta por citar, para completar el complejo regimen juridico al que se sometería la cuestion aqui suscitada, lo dispuesto por la disposicion adicional segunda del Decreto Legislativo 2/2007, de 6 de noviembre, de aprobacion del Texto refundido de la Ley del patrimonio de Euskadi. Esta disposicion confirma la diferente consideracion que debe darse a las operaciones patrimoniales desarrolladas por la Administracion General de la Comunidad Autonoma cuando afectan a la promocion de viviendas, de manera que “los bienes y

derechos destinados a la promoción de vivienda en el ámbito de la política de vivienda se regiran por sus normas específicas, y supletoriamente por esta ley, en cuya aplicación el departamento competente en materia de vivienda ejercerá las competencias atribuidas al departamento competente en materia de patrimonio”.

Cabe añadir aun un último argumento a favor de la naturaleza administrativa del contrato y su sujeción, con las especificidades que corresponden a su compleja regulación, a la normativa de contratos del sector público.

En efecto, aun siendo el contexto normativo diferente por tratarse de un supuesto al que aun resultaba de aplicación la antigua Ley de contratos del Estado, consideramos vigente y con pleno sentido lo argumentado por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (Sentencia de 6 octubre 2004; RJ\2004\7313), referido a la transmisión dominical de unos terrenos propiedad de la Administración para la construcción de viviendas protegidas. Como señala esta sentencia, (...) no cabe dudar, por lo tanto, de que la adjudicación efectuada como consecuencia del concurso convocado en el B.O.E de 26 de julio de 1980 no queda circunscrita a la celebración de un convenio de carácter jurídico privado y finalidad lucrativa, como ocurre cuando se afectan bienes de carácter patrimonial y su objeto es ajeno a la satisfacción de un servicio público (Sentencia de 15 de febrero de 2002); con mayor motivo teniendo en cuenta que esta última finalidad ha de ser entendida en un sentido amplio, según se desprende de pronunciamientos concretos de esta misma Sala ya sea en relación al arrendamiento de una plaza de toros para la gestión de los espectáculos taurinos—que entran en el ámbito de las actividades culturales propias de un Ayuntamiento—, ya cuando se trata de la ejecución de un aparcamiento (Sentencia de 30 de octubre de 2001, ya citada), o de instalaciones de carácter deportivo y uso público (Sentencia de 4 de mayo de 1999). Y con mayor razón tratándose de la construcción y consiguiente reventa a un precio fijo estipulado de viviendas de protección oficial a adjudicar con sujeción a lo preceptuado en la legislación especial sobre la materia. Precisamente la doctrina jurisprudencial ha tenido ocasiones de pronunciarse sobre este extremo concreto de manera explícita, no solamente a través de las resoluciones de 12 de marzo (RJ 1996, 2030) y 11 de junio de 1996 (RJ 1996, 6123) que se transcriben en el escrito de oposición al recurso, sino también más recientemente en las de 6 de octubre de 1999 (RJ 1999, 8839) y 27 de junio de 2003 (RJ 2003, 6149) , destacando que la finalidad social indudable que se atribuye a la construcción de este tipo de viviendas es una de las circunstancias que permiten caracterizar la naturaleza administrativa del contrato celebrado con esa finalidad.

(...) ni el contrato objeto de litigio está exceptuado por disposición de la Ley de quedar sometido a la jurisdicción Contencioso-Administrativa, ni la Ley del Patrimonio del Estado (RCL 1964, 896, 1024) tiene otro objeto que regular el régimen de adquisición, conservación, rendimiento y régimen jurídico de los bienes incluidos en el artículo 1o del Texto articulado de 15 de abril de 1964, o de las actividades comerciales e industriales del sector público, actividades que en absoluto influyen en la naturaleza de los contratos celebrados por la Administración en interés del servicio público mediante la enajenación de bienes que tengan esa misma consideración”.

Por tanto, la COJUA en el citado Acuerdo 5/2018 afirma que se trata de un procedimiento dirigido a la celebración de un contrato de naturaleza administrativa, por lo cual la consulta objeto del presente informe debe encauzarse por esa vía, cuyo régimen jurídico, como decimos, se encuentra fundamentalmente, incluso en lo que se refiere a los actos preparatorios del contrato, en la normativa que regula la contratación en el sector público.



A la vista de todo lo expuesto, puede concluirse que nos encontramos ante una relación de naturaleza contractual, que tiene por finalidad coadyuvar a las políticas públicas de satisfacción de la demanda de viviendas de protección oficial.

Finalmente, cabe señalar que, al no haberse remitido ninguna documentación relativa a la convocatoria, a los pliegos ni las cláusulas contractuales del contrato adjudicado, se carece de elementos de juicio para poder informar más sobre la cuestión planteada.

IV.- ACUERDO

Por lo expuesto, se emite el presente INFORME, en la consideración de que se tendrán en cuenta las precisiones y observaciones aquí recogidas.